



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

# BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

Unidad de Estudios DPP Los Lagos

Número 24  
Mayo 2021

## INDICE

### CONTENIDO

**1.- Corte acoge recurso de amparo interpuesto por la defensa del condenado, en contra de la resolución que revoca pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria y ordena el ingreso del condenado a cumplir de manera efectiva la pena corporal impuesta. Dando orden de ingreso de manera inmediata sin que esta resolución se encontrara ejecutoriada. Estima la ICA que se vulnera el artículo 79 del Código Penal. (27.04.21, rol 130-2021). En idéntico sentido véase rol 176-2021 y rol 190-2021, ambos de la ICA de Puerto Montt.**

**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt acoge amparo presentado por la defensa. Afirmando que la resolución que revoca una pena sustitutiva no es una sentencia definitiva, no obstante, sí dispone la manera en que dicha pena debe ser cumplida, quedando en la hipótesis del Art. 79 de Código Penal por lo tanto solo encontrándose ejecutoriada puede darse cumplimiento a la pena corporal (considerandos 3 y 4).

**2.-Corte Apelaciones de Valdivia acoge recurso de amparo, interpuesto por la defensa del imputado, en contra del voto de mayoría del tribunal de juicio oral en lo penal de Osorno, quien se declaró incompetente para conocer de una cautela de garantía solicitada por la defensa, en cuanto su representado se encontraba en huelga liquida. El fundamento dice relación con el principio de inexcusabilidad, en relación con el artículo 76 de la Constitución Política y 10 del Código Orgánico de Tribunales. Resolviendo en definitiva que el tribunal oral en lo penal si es competente para conocer una cautela de garantías (rol 96-2021 de 12.05.21).**

**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, acoge recurso de amparo en contra de los jueces del tribunal oral en lo penal de Osorno, quienes resolvieron declararse incompetentes para conocer de la cautela de garantías, solicitada por la defensa del imputado condenado por desacato, con recurso de nulidad pendiente de resolver. Ordenando que tribunal no inhabilitado resuelva en audiencia la cautela de garantía de imputado, quien inició huelga liquida en el recinto penal donde se encuentra en prisión preventiva. La Constitución Política establece el deber de los órganos del estado de respetar y promover los derechos esenciales; el Pacto de Internacional de Derechos Civiles como también la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación del estado de respetar la dignidad humana de las personas privadas de libertad. En la causa de marras, encontrándose pendiente el recurso de nulidad la sentencia no está ejecutoriada. El art. 18 letra b) del COT establece que corresponde al tribunal de juicio oral en lo penal resolver sobre la prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición. El principio de inexcusabilidad de los artículos 76 de la Constitución Política de la República y 10 del Código Orgánico de Tribunales, exige aplicar de manera restrictiva cualquier disposición que excepcionalmente impida dar curso a una pretensión legítimamente hecha valer, lo que lleva a concluir que el tribunal de juicio oral en lo penal Osorno

es competente, conforme a la ley para conocer la cautela de garantías solicitada por la defensa (considerando 3, 4, 5 y 6).

**3.-Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza recurso de nulidad interpuesto por el ministerio público, en contra de la sentencia del tribunal oral en lo penal de Osorno, que absolvió a los acusados por el delito del artículo 4 de la ley 20.000 al entender que aglomerados o molidos, tales como: tallo, hojas, frutos y sumidades floridas (sin separación espacial), no corresponden a un objeto idóneo para configurar el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga. Prevención del ministro Aedo Mora, no comparte el voto de mayoría de la ICA ni del TOP, empero entiende que al no acreditarse la pureza de la droga debía absolverse al no estar probada la lesividad, en los mismos términos lo sostuvo el voto de prevención del TOP de Osorno (14.05.21 Rol 244-2021).**

**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza el recurso de nulidad del Ministerio Público, quien solicitaba anular el juicio y la sentencia fundada en infracción a los principios de la lógica como causal principal y en subsidio errónea aplicación del derecho. ICA concluye en su fallo que en cuanto a la forma en que el juez aprecia la prueba rige la libertad en su apreciación según lo prescribe 297 CPP por lo que el tribunal de alzada no puede hacer una nueva ponderación de la prueba rendida en juicio. Respecto a la causal subsidiaria entiende que sostener que los molidos o aglomerados de cannabis no son sustancias típicas no es una errónea aplicación del derecho (ergo, no hay vicio de nulidad alguno), sino una interpretación plausible del contenido del artículo 1 del decreto 867. Voto de prevención estuvo por rechazar dicha causal únicamente en atención a que no se acreditó la pureza del cannabis, ergo la conducta no es antijurídica materialmente (considerando 10 a 17).

**4.-Corte de Valdivia, acoge recurso de nulidad por la causal del artículo 373 b) interpuesto por la defensa recalificando la conducta acreditada de un delito de tráfico a microtráfico (17.05.21 Rol N° 245-2021).**

**SINTESIS:** Corte de Apelaciones acoge causal subsidiaria de nulidad, interpuesta por la defensa en contra de la sentencia de juicio oral que condenaba al acusado por el delito de tráfico de drogas del artículo 3° de la ley 20.000. Se acoge dicha causal por errónea aplicación del derecho recalificando los hechos a la figura típica establecida en el artículo 4° de la ley 20.000, en el entendido que el tribunal de instancia debe hacer una interpretación tendiente a privilegiar la figura de tráfico de menor penalidad, considerando la primacía del principio “pro reo” (considerandos 8 a 14).

**5.- Corte de Valdivia acoge recurso de apelación, interpuesto por la defensa en contra de la resolución que estuvo por rechazar el sobreseimiento definitivo por la causal del Art. 250 letra A. Se funda el fallo en la falta de idoneidad para generar riesgo en los términos del Art. 318 del Código Penal. (06.04.21 Rol 250-2021). En términos idénticos véase fallo rol 248-2021 de la ICA de Valdivia.**

**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de apelación decretando el sobreseimiento definitivo de la causa conforme el Art. 250 letra A CPP.

**No se pudo acreditar ni peligro concreto ni hipotético, no acreditándose la real idoneidad para generar el riesgo exigido.**

**Tribunal:** Juzgado de Garantía de Puerto Montt

**Rit:** 5759-2019.

**Ruc:** 1900669178-4

**Delito:** Hurto Simple.

**Defensor:** Marcela Crisosto Borzone.

**1.- Corte acoge recurso de amparo interpuesto por la defensa del condenado, en contra de la resolución que revoca pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria y ordena el ingreso del condenado a cumplir de manera efectiva la pena corporal impuesta. Dando orden de ingreso de manera inmediata sin que esta resolución se encontrara ejecutoriada. Estima la ICA que se vulnera el artículo 79 del Código Penal. (27.04.21, rol 130-2021). En idéntico sentido véase rol 176-2021 y rol 190-2021, ambos de la ICA de Puerto Montt.**

**Normas asociadas:** CP ART. 79; L18.216 ART 37; CPR ART. 19 y 21.

**Temas:** recursos, garantías constitucionales, otras leyes especiales.

**Descriptor:** acciones constitucionales, control de detención, cumplimiento de condena, establecimiento carcelario.

**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt acoge amparo presentado por la defensa. Afirmando que la resolución que revoca una pena sustitutiva no es una sentencia definitiva, no obstante, sí dispone la manera en que dicha pena debe ser cumplida, quedando en la hipótesis del Art. 79 de Código Penal por lo tanto solo encontrándose ejecutoriada puede darse cumplimiento a la pena corporal (**considerandos 3 y 4**).

**TEXTO COMPLETO: ROL 130-2021**

**Puerto Montt, veintisiete de abril de dos mil veintiunos.**

**Visto:**

Comparece Marcela Crisosto Borzone, Defensora Penal Público, por el privado de libertad P.J.C.C, cédula nacional de identidad N.º XXXX, en causa RIT 5759-2019, del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, e interpone recurso de amparo contra la resolución dictada por el magistrado don Juan Carlos Orellana Venegas de fecha 24 de abril de 2021, que considera contraria a la ley.

Indica que en la audiencia de control de detención, verificada el 24 de abril de 2021 el juez titular del Juzgado de Garantía de Puerto Montt acogió la solicitud formulada por el Ministerio Público, luego de que éste, a instancias del mismo magistrado, cambiara su original petición de aperecer al cumplimiento de la pena sustitutiva, en cuanto a revocar la

pena sustitutiva de reclusión parcial que debía ejecutar, ordenando el inmediato ingreso del amparado al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Bonito.

A lo resuelto se opuso la defensa, indicando que no correspondía dar orden inmediata de ingreso, ya que la referida resolución no se encontraba ejecutoriada, siendo procedente el recurso de apelación, contemplado en el artículo 37 de la Ley N°18.216. Lo que correspondía, en definitiva, era dar orden de libertad al amparado, a la espera que la resolución se encuentre firme.

Al no encontrarse firme y ejecutoriada la resolución que determina la forma de cumplimiento y decreta la orden de ingreso de la pena, aquella sanción no puede ejecutarse, como claramente lo prescribe el legislador en el artículo 79 del Código Penal.

Por lo que pide declarar que ha existido una afectación ilegal a la libertad personal del amparado, disponiendo su inmediata libertad.

**Informa el señor Juez de Garantía**, quien señala que la pena se encuentra incumplida desde su imposición el año 2019 y además ya ha sido intensificada, indicando que la resolución recurrida no es una sentencia definitiva y causa ejecutoria, motivo por el cual debe ser cumplida incluso existiendo recursos pendientes, el cual por lo demás debe concederse en el solo efecto devolutivo, como es la regla general.

Encontrándose la presente causa en estado, se trajeron los autos en relación.

#### **Con lo relacionado y considerando:**

**Primero:** Que el recurso de amparo constituye jurídicamente una acción cautelar, de índole constitucional, cuyo contenido específico es el requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes; frente a amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad, y frente a privaciones, perturbaciones o amenazas a la seguridad individual y sin que importe el origen de tales atentados.

**Segundo:** Que el fundamento inmediato del recurso se ha hecho consistir en la decisión adoptada por el Juez de Garantía que dirigió la audiencia de 24 de abril de 2021, al disponer el ingreso del amparado al Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, como consecuencia de la revocación de la pena sustitutiva que debía cumplir, señalando el amparado que esta resolución no se encontraba firme ya que es procedente a su respecto el recurso de apelación contemplado en el artículo 37 de la Ley N°18.216.

**Tercero:** Que la decisión impugnada no es una sentencia definitiva que ponga término al juicio, pero sí dispone la manera como la pena debe de ser cumplida y ejecutarse, correspondiendo a la hipótesis del artículo 79 del Código Penal que a propósito de la ejecución de las penas y de su cumplimiento, dispone que “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada”.

**Cuarto:** Que, como ha resuelto esta Corte en situaciones similares, v. gr. en recursos de amparo rol N°245-2020 y rol N°49-2021, al haberse decretado la ejecución de una pena privativa de libertad por medio del cumplimiento efectivo dentro de un recinto de

Gendarmería de Chile, tal decisión ha regulado la forma de su ejecución, debiendo encontrarse en la condición de ejecutoriada, que no corresponde a su estado; por lo que deberá en consecuencia acogerse la presente acción cautelar.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 19 y 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado sobre tramitación del recurso de amparo, **se acoge** el recurso de amparo interpuesto por doña Marcela Crisosto Borzone, Defensora Penal Público, por el privado de libertad **P.J.C.C.**, cédula nacional de identidad N.º XXXX, dejándose sin efecto su orden de ingreso al Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad.

Comuníquese lo resuelto en la forma más expedita.

Redacción a cargo del Ministro don Jorge Pizarro Astudillo.

**Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.**

**Rol N° 130-2021 Amparo.**

**Tribunal:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno

**Rit:** 133-2019.

**Ruc:** 1801148303-4

**Delito:** Desacato.

**Defensor:** Raúl Ignacio Barahona Barra.

**2.-Corte Apelaciones de Valdivia acoge recurso de amparo, interpuesto por la defensa del imputado, en contra del voto de mayoría del tribunal de juicio oral en lo penal de Osorno, quien se declaró incompetente para conocer de una cautela de garantía solicitada por la defensa, en cuanto su representado se encontraba en huelga liquida. El fundamento dice relación con el principio de inexcusabilidad, en relación con el artículo 76 de la Constitución Política y 10 del Código Orgánico de Tribunales. Resolviendo en definitiva que el tribunal oral en lo penal si es competente para conocer una cautela de garantías ([rol 96-2021 de 12.05.21](#)).**

**Normas asociadas:** CPR ART. 1 Inc. 2, 5, 19 N 7, 21; CPP ART10, COT ART.10, PIDCP 10.1, CIDH 5.2.

**Temas:** principios y garantías de sistema procesal en el cpp, recursos, garantías constitucionales.

**Descriptor:** acciones constitucionales; cautela de garantías, Convenciones Internacionales, Constitución política; incompetencia del tribunal; recurso de amparo.



**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, acoge recurso de amparo en contra de los jueces del tribunal oral en lo penal de Osorno, quienes resolvieron declararse incompetentes para conocer de la cautela de garantías, solicitada por la defensa del imputado condenado por desacato, con recurso de nulidad pendiente de resolver. Ordenando que tribunal no inhabilitado resuelva en audiencia la cautela de garantía de imputado, quien inició huelga liquida en el recinto penal donde se encuentra en prisión preventiva. La Constitución Política establece el deber de los órganos del estado de respetar y promover los derechos esenciales; el Pacto de Internacional de Derechos Civiles como también la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación del estado de respetar la dignidad humana de las personas privadas de libertad. En la causa de marras, encontrándose pendiente el recurso de nulidad la sentencia no está ejecutoriada. El art. 18 letra b) del COT establece que corresponde al tribunal de juicio oral en lo penal resolver sobre la prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición. El principio de inexcusabilidad de los artículos 76 de la Constitución Política de la República y 10 del Código Orgánico de Tribunales, exige aplicar de manera restrictiva cualquier disposición que excepcionalmente impida dar curso a una pretensión legítimamente hecha valer, lo que lleva a concluir que el tribunal de juicio oral en lo penal Osorno es competente, conforme a la ley para conocer la cautela de garantías solicitada por la defensa **(considerando 3, 4, 5 y 6).**

#### **TEXTO COMPLETO:**

Valdivia, doce de mayo de dos mil veintiunos.

VISTO:

El 6 de mayo del año en curso, el señor Raúl Ignacio Barahona Barra, defensor penal público, recurre de amparo a favor de F.V.D, en contra de los señores Héctor Hinojosa Aubel y Edmundo Moller Bianchi, Jueces Titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, en atención a que la resolución dictada el 4 de mayo de 2021, en causa RIT 133–2019, RUC 1801148303-4, vulnera el derecho constitucional del amparado del artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental.

Sostiene que, por sentencia de 23 de marzo de 2021, en causa RIT 1332019, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno condenó al amparado a la pena de 4 años de reclusión menor en su grado máximo, más accesorias legales, por su eventual participación como autor en un delito de desacato, encontrándose pendiente ante la Excm. Corte Suprema un recurso de nulidad.

Señala que el amparado se encuentra cumpliendo la medida cautelar de prisión preventiva por la causa ya indicada, mientras que en causa RIT 1843-2021 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt fue formalizado por los delitos de violación propia, amenaza y desacato respecto de la misma víctima, en la que está sujeto a la medida cautelar de prohibición de acercarse.

Sostiene que el amparado considera que fue objeto de un denuncia falsa e inició una huelga líquida el 23 de abril de 2021, completando 12 días sin beber líquidos, por lo que se solicitó audiencia de cautela de garantías que se llevó a efecto el 4 de mayo recién pasado, oportunidad en que la mayoría de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno decidieron que no son competentes para conocer la cautela de garantías, atendido el tenor literal del artículo 10 del Código Procesal Penal.

Expresa que los jueces recurridos adoptaron una decisión ilegal al no pronunciarse sobre el fondo de la solicitud de cautela de garantías, con fundamento en dos consideraciones erradas, una, que el amparado no es imputado sino que condenado, desconociendo que existen recursos pendientes; y que carecen de competencia al tenor del citado artículo 10, lo que no se condice con una interpretación amplia de dicha norma, a la luz del propio código y el bloque de constitucionalidad que cita en su presentación.

Afirma que los señores jueces recurridos debían pronunciarse sobre la cautela de garantías solicitada con el fin de resguardar la salud del amparado, conforme al principio de inexcusabilidad y a lo dispuesto en los artículos 108 del Código Orgánico de Tribunales y 150 del Código Procesal Penal. Añade que se afecta la libertad personal y seguridad individual del amparado al no velar u adoptar medidas de protección de su salud.

Pide se acoja el recurso y se ordene que una sala no inhabilitada del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno se pronuncie sobre el fondo de la cautela de garantías, por la huelga líquida.

Informando el recurso, don Héctor Hinojosa Aubel, Juez Titular del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, expone que en audiencia de 4 de mayo de 2021 causa RIT N° 133-2019, el defensor titular sostuvo que el imputado dio inicio a una huelga líquida por la prisión preventiva decretada por el Juzgado de Garantía de Puerto Montt, reconociendo que se adoptaron medidas necesarias y oportunas respecto a su estado de salud y que fueron decretadas para cumplir en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Montt; no obstante, encontrándose actualmente en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Valdivia solicitó que se remitan informes diarios y, además, pidió que se evaluara su traslado al recinto penal de Osorno, debido a las amenazas que había sufrido. Añade que el Ministerio Público no se opuso a los resguardos solicitados por la defensa y que debe adoptar Gendarmería.

Señala que por voto de mayoría decidieron que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno no es competente para pronunciarse sobre lo pedido por la defensa, dado el estado de la causa y el tenor literal del artículo 10 del Código Procesal Penal, que entrega el conocimiento de la cautela de garantías al juez de garantía. Indica que la conclusión precedente se sustenta en criterios interpretativos, por lo que no se vulnera el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales.

Manifiesta que luego de oír al imputado, sobre las supuestas amenazas que es objeto en el recinto penal, se decidió considerarla como denuncia y se remitieron los antecedentes al Ministerio Público. Refiere que, frente a la solicitud de revisión de la prisión preventiva, se

ordenó pasar los antecedentes al administrador del tribunal, fijándose audiencia para el 7 de mayo de 2021.

Niega la existencia un actuar ilegal, pues se adoptaron medias frente a las amenazas denunciadas, habida cuenta que Gendarmería por protocolo interno emite informes periódicos frente a una huelga líquida. Finalmente señala que el defensor titular expresó en audiencia que el imputado habría desistido de dicha huelga.

#### **Y CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, el recurso de amparo, del artículo 21 de la Constitución Política de la República, es una acción constitucional cuyo propósito consiste en obtener de los Tribunales Superiores de Justicia, una tutela eficaz y eficiente para salvaguardar la integridad del derecho que la doctrina ha denominado libertad individual y seguridad individual.

**Segundo:** Que, la resolución judicial que se pretende impugnar por esta vía consiste en que el 4 de mayo de 2021 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Osorno –por voto de mayoría- estimó que no es competente para pronunciarse sobre la cautela de garantías solicitada por la defensa, pues aquello debe ventilarse ante el Juez de Garantía correspondiente, conforme el tenor literal del artículo 10 del Código Procesal Penal.

**Tercero:** Que, para una adecuada resolución de la controversia, resulta útil tener presente que el artículo 5 de la Carta Fundamental establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, derechos de suyo inalienables e indisponibles. En este sentido, tanto el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la obligación del Estado de respetar la dignidad humana de las personas privadas de libertad. A su turno, el artículo 25 de la citada Convención consagra expresamente el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido frente a la afectación de derechos fundamentales.

Además, el Estado detenta un deber especial de custodia en relación a la vida y salud de las personas privadas de libertad, respecto de otros ciudadanos que no se encuentran bajo dicha medida, toda vez que aquéllos están bajo una restricción de su expresión de autonomía, en el ámbito del desplazamiento como también en la disposición de su integridad física, salud y vida. En efecto, la situación de privación de libertad de una persona en recintos penitenciarios, impone al Estado una obligación especial respecto a la garantía y cautela de sus derechos, siéndole por lo demás imposible proceder de otro modo, ya que “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, según lo ordena el artículo 1 inciso 2º de la Constitución Política de la República.

**Cuarto:** La defensa solicitó se citara a audiencia de cautela de garantías atendido que el imputado se encuentra en huelga líquida desde el 23 de abril del presente año. El tribunal accedió a lo pedido y fijó audiencia para el 4 de mayo del actual, oportunidad en que el

Ministerio Público no se opuso a la petición de la defensa, ni alegó la incompetencia del tribunal.

Del mismo modo, cabe consignar que la sentencia dictada el 23 de marzo de 2021, en causa RIT 133-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, no está ejecutoriada, pues se encuentra pendiente un recurso de nulidad deducido ante la Excm. Corte Suprema y, por ende, la causa aún no se encuentra en fase de ejecución, al tenor de lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

**Quinto:** Que, el artículo 18 letra b) del Código Orgánico de Tribunales dispone que: “Corresponderá a los tribunales de juicio oral en lo penal: b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición”.

La existencia de la norma transcrita -que otorga competencia al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno para conocer las cuestiones relacionadas con la prisión preventiva del acusado puesto a su disposición- descarta que se esté en presencia de una cuestión de competencia absoluta y, por lo mismo, los jueces recurridos no han podido declararse incompetentes de oficio, pues ello importa una transgresión al modelo adversarial sobre el que se estructura el sistema procesal penal.

Por lo demás, no resulta admisible que el tribunal cite a las partes a audiencia de cautela de garantías y luego, en contravención a sus propios actos, estime que es incompetente para conocer de tal petición.

**Sexto:** Que, conforme se ha venido razonando, el artículo 10 del Código Procesal Penal, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad descrito en el considerando tercero de esta sentencia, no impide al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal pronunciarse sobre la cautela de garantías.

La anterior, debe relacionarse con el principio de inexcusabilidad de los artículos 76 de la Constitución Política de la República y 10 del Código Orgánico de Tribunales, que exige aplicar de manera restrictiva cualquier disposición que excepcionalmente impida dar curso a una pretensión legítimamente hecha valer, lo que lleva a concluir que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Osorno es competente conforme a la ley para conocer la cautela de garantías solicitada por la defensa.

**Séptimo:** Que, en consecuencia, los jueces recurridos deben adoptar las medidas pertinentes en resguardo de los derechos del imputado, atendida su especial condición de desprotección y, al no hacerlo, le han impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, por lo que se acogerá la presente acción constitucional, tal como se dirá.

Por estas consideraciones, y visto además, lo establecido en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, se acoge el recurso de amparo deducido por el defensor penal público, señor Raúl Ignacio Barahona Barra en favor de F.V.D y, en consecuencia, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno deberá citar a audiencia de cautela de garantías y adoptar las medidas pertinentes en resguardo de la persona y salud del imputado.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción a cargo del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

**Rol 96 – 2021 AMP.**

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los Ministros Mario Julio Kompatzki C., quien no obstante haber concurrido al acuerdo del fallo no firma por encontrarse con permiso de conformidad al artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales, Juan Ignacio Correa R., Samuel David Muñoz W. Valdivia, doce de mayo de dos mil veintiunos.

En Valdivia, a doce de mayo de dos mil veintiunos, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Tribunal:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno.

**Rit:** 49-2020.

**Ruc:** 2000532904-4

**Delitos:** Trafico en pequeñas cantidades Art. 4 Ley 20.000

**Defensor:** Rodrigo Rojas Medel y Juan Pablo Moreno Fernández.

**3.-Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza recurso de nulidad interpuesto por el ministerio público, en contra de la sentencia del tribunal oral en lo penal de Osorno, que absolvió a los acusados por el delito del artículo 4 de la ley 20.000 al entender que aglomerados o molidos, tales como: tallo, hojas, frutos y sumidades floridas (sin separación espacial), no corresponden a un objeto idóneo para configurar el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga. Prevención del ministro Aedo Mora, no comparte el voto de mayoría de la ICA ni del TOP, empero entiende que al no acreditarse la pureza de la droga debía absolverse al no estar probada la lesividad, en mismos términos lo sostuvo el voto de prevención del TOP de Osorno (14.05.21 Rol 244-2021).**

**Normas asociadas:** CPP ART. 374 E, 342 C, 297, 373 B; L20000 ART. 1 Y 4, D 867 ART 1°

**Temas:** Tipicidad, Antijuricidad, Juicio Oral, Recursos, otras leyes especiales.

**Descriptor:** Errónea Aplicación del Derecho, Microtráfico, Ministerio Publico, Nulidad de la Sentencia, Nulidad de Juicio, Recurso;

**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza el recurso de nulidad del Ministerio Publico, quien solicitaba anular el juicio y la sentencia fundada en infracción a los principios de la lógica como causal principal y en subsidio errónea aplicación del derecho. ICA concluye en su fallo que en cuanto a la forma en que el juez aprecia la prueba rige la libertad en su apreciación según lo prescribe 297 CPP por lo que el tribunal de alzada no puede hacer una nueva ponderación de la prueba rendida en juicio. Respecto a la causal subsidiaria entiende que sostener que los molidos o aglomerados de cannabis no son sustancias típicas no es una errónea aplicación del derecho (ergo, no hay vicio de nulidad alguno), sino una interpretación plausible del contenido del artículo 1 del decreto 867. Voto de prevención estuvo por rechazar dicha causal únicamente en atención a que no se acreditó la pureza del cannabis, ergo la conducta no es antijurídica materialmente **(considerando 10 a 17).**

**TEXTO COMPLETO:**

C.A. de Valdivia

Valdivia, catorce de mayo de dos mil veintiunos.

## **VISTOS:**

En rol de esta Corte N°2442-2021, que incide en R.U.C. N° 2000532904-4 y R.I.T. N° 49-2020, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Osorno, por sentencia de uno de abril de dos mil veintiuno, se absolvió a los acusados, B.G.C.M, C.I. N° XXXX y C.M.A.B, C.I. N° XXXX, de los cargos que les sindicaban en calidad de autores del delito consumado de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, previsto en el artículo 1 y sancionado en el 4, ambos de la Ley N°20.000, perpetrado en horas de la tarde del 26 de mayo de 2020, en la ciudad y comuna de Osorno.

Ante ese escenario procesal, don Jaime Sáez Leal, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, adscrito a la Fiscalía Local de Osorno, interpuso recurso de nulidad en contra del referido fallo, inspirado en una causal principal contenida en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), más artículo 297 todos del Código Procesal Penal y, en subsidio, por la contemplada en el artículo 373 letra b) de dicho cuerpo legal, en ligazón con los artículos 1 y 4 de la Ley N°20.000 y artículo 1 del Decreto N° 867 del Ministerio del Interior, que aprobó el Reglamento de la aludida ley especial, entendiendo que esos vicios habrían tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Culmina pidiendo, para el evento de acogerse el arbitrio por cualquiera de ambas causales, se anule el juicio y la sentencia, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento y ordenando la verificación de uno nuevo ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Dispuesta la audiencia de rigor, alegaron en plataforma virtual ante esta Corte, el abogado Asistente de Fiscal, don Carlos Delgado Gallardo, por el Ministerio Público, sosteniendo argumentaciones análogas a las detalladas en la presentación escrita; mientras por ambos acusados, el abogado defensor penal, don Rodrigo Rojas Medel, el cual dio cuenta de argumentaciones contrarias a la pretensión del recurrente.

**Cumplido lo anterior, la causa quedó en estado de dictarse el acuerdo que a continuación se transcribe.**

## **OÍDOS Y CONSIDERANDO:**

**I.- En cuanto a la causal del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal.**

**PRIMERO:** Que el principal motivo de nulidad esgrimido por la Fiscalía Local de Osorno y albergado bajo este epígrafe, corresponde a uno calificado en doctrina como absoluto, por cuanto pretende la invalidación, tanto de la sentencia dictada por el mentado Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal, como la del juicio, para su nueva realización por el no inhabilitado correspondiente, al achacarse que aquél habría incurrido en la omisión en su fallo de brindar una explicación clara, lógica y completa de los hechos que se dieron por probados, fueran ellos favorables o desfavorables a los acusados, así como sobre la valoración de los medios de prueba que fundamentaban dichas conclusiones, conforme a las reglas de la sana crítica, resaltando que sus miembros infringieron el deber de hacerse cargo en tal fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubieren

desestimado, precisando en tal caso las razones que hubieren tenido en cuenta para hacerlo.

**SEGUNDO:** Que lo anterior se sustenta, en suma, en atribuir la transgresión de dos principios de la lógica formal. El primero de ellos es el de razón suficiente, que parte de la base que: “todo debe tener una razón suficiente que lo explique”. En esos términos, se entiende que la sentencia vulnera este principio, porque las afirmaciones que el tribunal realizó en ella, dirigidas a exigir, para la acreditación del delito de tráfico de cannabis sativa (tratándose de esta clase de droga), que se pruebe que se trataba de una determinada o específica parte o producto de esa planta, a la que consideró como única sustancia susceptible de ser subsumida en los ilícitos de la ley N°20.000. Se sostiene que ello constituye una tarea imposible de efectuar, pues, en definitiva, se traduce en una exigencia que no cuenta con un respaldo fáctico en el mundo externo, por tanto, se trata de una afirmación que no puede ser justificada a la luz de la realidad, vulnerándose de este modo el principio de razón suficiente.

**TERCERO:** Que, secundando lo anterior, se aprecia materializado también en el dictamen jurisdiccional el atropello del principio del recto razonar denominado de no contradicción, que se ve reflejado en el aforismo que: “una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí”. De esta suerte, todos los argumentos sobre los que descansa una sentencia deben ser compatibles entre sí. Al decir de la doctrina “no se puede afirmar o negar a la vez un hecho de una cosa o un mismo sujeto, pues los argumentos contradictorios se excluyen mutuamente, siendo imposible sacar una conclusión válida de ellos.” Por esto es que, si se afirma algo de una cosa o un sujeto, no puede negarse al mismo tiempo.

Bajando lo expuesto al terreno del fallo censurado, se manifiesta en síntesis que si en el considerando quinto los jueces concluyeron que la especie incautada era cannabis sativa, no podían después inferir en forma contradictoria que no se estaba en presencia de un elemento señalado en el reglamento de la ley de drogas, como era la “cannabis” e igualmente, en forma separada, el “tetrahidrocannabinol”.

**CUARTO:** Que, adicionalmente, se acusa contradicción de los conocimientos científicamente afianzados, puesto que se asevera que demandar la prueba de un examen de concentración de THC para determinar en relación con cada parte de la planta de cannabis sativa, cuando ésta se encuentra aglomerada o molida, contraviene en forma expresa las conclusiones vertidas por las pericias técnicas ejecutadas y que fueron presentadas en juicio.

En este rubro, se deja en evidencia que el tribunal no se habría hecho cargo de las conclusiones que el peritaje entregó y, vulnerando los límites que el legislador procesal penal le ha impuesto en la valoración de la prueba, no señaló en modo alguno porqué restaba valor probatorio a ese medio de acreditación. De esta forma, colige que, conjuntamente con configurarse un vicio de nulidad como consecuencia de una valoración incompleta de la prueba producida en juicio, se falló contra un conocimiento científicamente afianzado.



Ahonda en que la conclusión propuesta por el tribunal de fondo para absolver a los imputados (basada en que no se pudo determinar la presencia de alguna parte o producto que el reglamento enumera, en la cannabis sativa encontrada) es tan grave, que implica que cada vez que se trate de procesos por delitos de tráfico u otros de la ley N°20.000, donde el objeto traficada sea cannabis sativa aglomerada o molida, la conducta será atípica y quedará impune. De esta manera, hace ver que la barrera de punibilidad que queda fijada con ese criterio es una condición imposible de cumplir, ante el claro tenor de la ciencia, esto es, la de un examen de concentración de THC en la cannabis sativa en dicho estado, que especifique también de qué parte o producto de la planta se trata, en circunstancia que no puede obviarse que sin perjuicio de ello no deja de ser “cannabis sativa”.

Por ello, manifiesta que habiéndose acreditado que toda la sustancia encontrada a los imputados es cannabis sativa, en la que existe indubitablemente presencia de tetrahidrocannabinol (THC), también conocida como “Delta-9- Tetrahidrocannabinol(9-THC)”, no es procedente exigir probanzas que se extiendan a puntos que lisa y llanamente no son susceptibles de ser acreditados conforme a la ciencia, de manera que toda conclusión en contrario lleva a entender que el tráfico de cannabis sativa aglomerada o molida sería siempre impune.

Ocupándose, finalmente, de la influencia sustancial de lo planteado en lo dispositivo del fallo, indica que una correcta aplicación del derecho habría necesariamente llevado a la dictación de una sentencia penal condenatoria contra los acusados, enfatizando que la fundamentación de la sentencia, en cuanto a los requisitos legales de la figura en aplicación, yerra en cuanto a la normativa indicada, haciendo distinciones que no contempla el Decreto N°867, pues la cannabis, cualquiera sea su parte, está contemplada dentro del Reglamento de la ley N°20.000.

**QUINTO:** Que, en aras de un adecuado análisis de la situación que se cuestiona, no debe olvidarse que en el sistema procesal penal acusatorio, a la hora de la apreciación de la prueba impera un régimen de libertad, según lo prescribe el artículo 297 del Código Procesal Penal, de modo tal que resultan ser los jueces de la instancia los soberanos para atribuir determinado mérito de convicción a cada probanza, según la credibilidad que ésta aporte a su prudente criterio, razón por la cual, como contrapartida, no puede perderse de vista que este tribunal revisor, dado el carácter estricto del recurso formulado, no se encuentra autorizado para intervenir en esa labor de ponderación de la prueba ya desarrollada.

Corolario de lo anterior es que, en el marco del conocimiento del presente recurso, siempre ha de circunscribirse la acción de una Corte como ésta, a la constatación relativa a si los razonamientos contenidos en el fallo recurrido, que permitieron llegar a determinadas conclusiones probatorias, son o no compatibles con el núcleo central que da sustento al sistema de acreditación basado en la sana crítica, cual es la sujeción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, como, asimismo, en lo que concierne al arbitrio específico, si en la fundamentación que recoge la sentencia aquélla fue completa y se hizo cargo de toda la prueba rendida, conforme lo exige el artículo mencionado en el párrafo que precede.

Lo dicho, además, es consecuente con que el mecanismo de impugnación reglamentado en el Título IV del Libro Tercero del Código Procesal Penal, como se refirió, es de carácter estricto y extraordinario, por lo que sólo procede por las causales y finalidad expresamente señaladas por la ley, no constituyendo una instancia diversa que permita revisar los hechos establecidos por el tribunal “a quo”, dado el principio de inmediación que está en la base estructural de un sistema oral, el cual exige una apreciación directa de las pruebas que se producen en el juicio por parte de los jueces que han de decidir la cuestión debatida, por lo que la revisión de lo resuelto por otro tribunal que no ha asistido al debate, y que sólo se informa de la prueba incorporada al juicio y de lo que en el mismo se ha actuado y debatido a través de actas o audios, priva a este ente jurisdiccional de esa centralidad y directa relación con las partes y los elementos de prueba que se valoraron para formar la convicción de la magistratura de la instancia.

**SEXTO:** Que, despejado lo anterior, puede predicarse de la lectura de la sentencia, que se constata la integridad y compatibilidad habida entre los distintos razonamientos labrados como su fundamento, sin atisbar la ausencia de una exposición clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias probadas, favorables o desfavorables, ni la vulneración del deber de ocuparse de toda la prueba rendida, bajo el prisma analítico de las reglas inmersas en el método de ponderación imperado bajo la sana crítica, ya que las conclusiones fácticas a que se arribó por quienes juzgaron directamente los hechos y asignaron valor a las aludidas probanzas, se desprenden haber sido obtenidas inclusive sólo a partir del aporte acreditativo de cargos, por cuanto las defensas fueron pasivas en esta materia.

En efecto, se enunció y analizó el relato del trío de funcionarios policiales que intervinieron en la detención flagrante y fase inicial del procedimiento (Guillermo González Arroyo, Yoni Rojas Villagrán y Javier Igor Subiabre), más la documental constituida por el Acta de Recepción N° 2282020 del Servicio de Salud de Osorno y la pericial, que incluyó evaluaciones técnicas consistentes en: a) El Informe de Farmacia N° 259/20, de 5 de agosto de 2020, del Servicio de Salud Osorno, que corresponde al protocolo de análisis y; b) El Informe sobre tráfico y acción de cannabis en el organismo, de fecha 12 de agosto de 2020, también del Servicio de Salud Osorno, ambos incorporados al juicio en los términos del artículo 315 del Código Procesal Penal.

Producto de esa labor de discernimiento probatorio se llegó a establecer que la sustancia incautada no hizo fe al tribunal (considerandos séptimo y octavo), en el sentido de tratarse de alguna droga de origen vegetal susceptible de encasillar en alguna de las categorías catalogadas en el Decreto N°867 del Ministerio del Interior y, por tanto, según el voto de mayoría, se comprende haber estado ante la inconcurrencia de acreditación del objeto material del delito en sede de tipicidad objetiva o, en el caso de la prevención de minoría, ante un hecho carente de lesividad social al no haberse comprobado el grado de pureza y toxicidad de la sustancia, esta vez en sede de antijuridicidad material.

En cualquier caso, se vislumbra que ha sido el déficit en la calidad (específicamente técnica), de la prueba aportada por el acusador, la razón de fondo para la desestimación de la acción penal deducida, por lo que sostener que esa apreciación valorativa adolezca de razón suficiente, sea contradictoria o, finalmente, vaya más allá de un conocimiento

científicamente asentado, no se condice con la realidad del argumento judicial elaborado, de suerte que campea más bien en el terreno de la discrepancia recaída en el resultado de la tarea de apreciación misma, que en el proceso como ésta se ha construido.

**SÉPTIMO:** Que, en la misma línea, cuestión diversa es que quien recurre atribuya un significado disímil y alternativo a la valoración de la prueba rendida, en relación a la que fuera efectuada por los jueces del grado, lo cual naturalmente se encuadra dentro la lógica tendencia de asignarle un mérito congruente con la propia sustentación de su hipótesis acusatoria del caso; pero en modo alguno puede ello traducirse “per sé” en la concreción automática de un vicio que torne anulable el fallo pronunciado.

**OCTAVO:** Que en este punto debe sostenerse también, que independientemente de compartirse o no la argumentación jurídica de fondo vertida en la sentencia para haber arribado a un resultado absolutorio, enfrentados ante la pesquisa e incautación de tan reducida porción de cannabis sativa (43,73 gramos de peso neto), tampoco se vislumbra en el razonamiento jurisdiccional el reportado conflicto con los principios lógicos de razón suficiente y no contradicción, ni con los conocimientos científicamente afianzados, según se anticipó.

Pues bien, en torno al primero de los axiomas (razón suficiente), se constata en el fallo un desarrollo preciso y concatenado de una idea matriz, que conduce al arribo de una conclusión sustentada en el material de convicción reunido en el juicio, como lo es que se estaría ante un objeto material del delito no concurrente (o bien, ante un hecho carente de antijuridicidad material, si se sigue el voto de prevención), resaltando no haber sido precisa la prueba en su establecimiento, a la luz del contraste con esta ley penal en blanco completada por la normativa reglamentaria correspondiente.

En tanto, en lo que concierne al segundo (no contradicción), tampoco se avizora contradictorio haber sostenido que no se estaba ante una droga encasillable dentro de las sustancias comprendidas en el Reglamento aludido, entendido en la lógica de haber considerado a la cannabis sativa como un género sin haberse precisado desde una perspectiva técnica la especie (o por la indeterminación de su pureza, según el voto de prevención), que era lo demandado por el tribunal a la hora de chequear los elementos necesarios para efectuar el respectivo encuadre típico.

Por último, se observa inexistente la reprochada colisión con los principios científicamente afianzados, ya que se halla únicamente aseverado por el recurrente el impedimento de la especificidad de análisis requerida judicialmente (sea en el producto examinado o en su calidad), sin haberse respaldado desde la esfera de la ciencia tal imposibilidad, lo que decantó en la determinación jurisdiccional adoptada.

**NOVENO:** Que, en virtud de lo ya expresado, no habiéndose verificado la existencia de un razonamiento confuso en el examen realizado por el tribunal de fondo, ni una apreciación que infrinja la normativa y principios conforme a los cuales la prueba ha debido ser tasada, o una omisión en la descripción o en el análisis correspondiente, se estima que no está presente el motivo absoluto de nulidad alegado por el Ministerio Público, fundado en la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342

letra c) y artículo 297, todos del mismo cuerpo legal; por lo que por esta vía no corresponde la nulidad del juicio ni de la sentencia que la parte recurrente pretendía.

**II.- En cuanto a la infracción al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley N°20.000, más artículo 1 del Reglamento de la misma (Decreto N°867 del**

**Ministerio del Interior).**

**DÉCIMO:** Que, ocupándose ahora de la causal de nulidad aducida en forma subsidiaria por el recurrente, en que ha procurado sostener la existencia del vicio contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haberse efectuado en la sentencia una errónea interpretación del derecho en lo que toca a los artículos 1 y 4 de la ley N°20.000, más artículo 1 del citado Reglamento, recaída en el tipo penal, el reproche representado se sustenta en que el tribunal habría estimado que la cannabis sativa no estaría contenida en la descripción del art. 1 del Decreto N° 867 del año 2007. En tal dirección, se describe que el fallo aduce que el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes corresponde a una ley penal en blanco, en que, de acuerdo al artículo 63 de la misma ley, se remite a la reglamentación administrativa para la determinación precisa del objeto de la conducta. Se agrega que, por otra parte, en la actualidad el Reglamento de la Ley N° 20.000 dispone en su artículo 1, en lo que es de interés para el recurso, lo siguiente: “Califícase como sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, a que se refiere el inciso primero del artículo 1° de la ley N° 20.000, a las siguientes: (...) Cannabis, resina de (...) Tetrahidrocannabinol (...) Cannabis, sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina (...)”. De este modo, se busca evidenciar que de la regulación transcrita se desprende que pueden ser objeto de conductas de tráfico ilícito, en el contexto del proceso penal, los siguientes elementos: 1. La resina de la planta de cannabis; 2. La planta de cannabis, cuya estructura corresponde a su raíz, tallo y hojas; 3. Las sumidades floridas o frutos de la planta de las cuales no se ha extraído la resina y 4. El tetrahidrocannabinol (THC).

**UNDÉCIMO:** Que, en este sentido, se detalla que el primer argumento del tribunal de instancia para determinar la atipicidad de los hechos acreditados, consistió precisamente en que una adecuada interpretación del artículo 1 del Decreto 867 del año 2007, implicaba considerar que diversos elementos de la planta cannabis, que se encuentren aglomerados o molidos, tales como: tallo, hojas, frutos y sumidades floridas (sin separación espacial), no corresponden a un objeto idóneo para configurar el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga.

Sin embargo, en parecer del recurrente resulta de toda lógica que la amplitud del concepto “cannabis”, empleado en el inciso 2° del citado artículo, abarca su estructura física, dentro la cual los elementos ya mencionados corresponden a una parte esencial de su composición. Así, la referencia a “cannabis” implica la consideración del vegetal en su conjunto, sin perjuicio de las especificaciones adicionales que efectúa el legislador (resina, sumidades floridas, frutos o THC), las que en todo caso obedecen al propósito de captar

todas las eventuales descomposiciones de la materia prima, que los infractores pueden llegar a materializar con el propósito de hacer circular ilegalmente tales elementos. Ello se condice con las porciones comúnmente utilizadas para su consumo, de acuerdo a la literatura especializada.

**DUODÉCIMO:** Que, más adelante, añade que, dadas las particularidades del consumo de la planta y sus derivados, se considera que la omisión del señalamiento específico de una parte o producto del vegetal sólo corresponde a la amplitud del término “cannabis”, pero en ningún caso a la exclusión de dichas partes aglomeradas como objeto del delito; en tal sentido, son igualmente elementos idóneos para el efecto de hacer circular esa sustancia prohibida.

Se hace patente que el mentado decreto es enfático al describir en forma diferenciada cuatro elementos vinculados a la planta de cannabis, que pueden servir como objeto del delito: la planta de cannabis (o sus componentes estructurales), su resina, sus frutos o sumidades floridas y el THC presente en ésta.

Para el caso concreto, se destaca que el Informe de Farmacia N° 259/20, ya mencionado previamente, concluyó que la especie analizada (sustancia vegetal semi molida color verde con características propias de marihuana), corresponde a “cannabis sativa”, que se encuentra expresamente señalada en el reglamento. Esta derivación se obtuvo de dos análisis: uno de farmacognosis, en el que se fundamentó lo siguiente: “observación de sustancia vegetal en que se observan pelos cistólicos, correspondientes a Cannabis Sativa”, mientras el segundo (que vendría a dar una doble razón para explicar que se está ante una sustancia de aquellas señaladas en el reglamento) es el análisis químico, que por el método “Fast Blue” sostuvo lo siguiente: “extracción con metanol de los principios activos de cannabinoides y su determinación cualitativa con prueba colorimétrica Fast Blue B mediante la formación de color rojo-violeta, que da cuenta de la presencia de delta-9-tetrahidrocannabinol(9-THC)”, o mejor conocido como “THC”, que es un cannabinoide y principal constituyente psicoactivo del cannabis. Se aclara que el THC no es un parámetro para evaluar la tipicidad de la planta o sus componentes, sino que es un objeto material susceptible de ser típico a título de tráfico. Dicho de otra manera, la conducta debe recaer sobre algún elemento, sea una planta de cannabis, sea resina de la misma, fruto o sumidad florida de la planta o, finalmente, si contiene THC. Así las cosas, deduce una doble razón para establecer que hay presencia de una sustancia ilícita de conformidad al reglamento, ya que en la sustancia concluida como “cannabis sativa” se encontró presencia además de THC.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, en virtud de lo latamente reseñado, se finaliza afirmando que una correcta aplicación del derecho habría necesariamente conducido a la dictación de una sentencia penal condenatoria, dado que en base a las propias declaraciones realizadas por el tribunal cuyo fallo es recurrido, se dieron por acreditados todos los elementos que configuran el tipo penal de tráfico ilícito de drogas del artículo 4 de la ley N° 20.000, por lo que se debió acabar imponiendo las penas solicitadas en la acusación fiscal o aquellas distintas que correspondieren, según los criterios de determinación de las mismas que hubiere tenido en vista el “a quo”.

Consecuente con lo apuntado, se remata demandando la nulidad del juicio oral y de la sentencia dictada en él, conforme a los artículos 159 y 373

b) del Código Procesal Penal, en relación a la causal subsidiariamente desarrollada, en la medida que la errónea aplicación del derecho influyó en forma sustancial en lo dispositivo de la última, provocando un perjuicio, consistente en la absolución respecto del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, reparable sólo con la declaración invalidatoria que se pretende, por tratarse de una decisión contraria a la pretensión punitiva del persecutor, que propicia la condena de los acusados como autores del mentado delito consumado.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, a fin de identificar la modalidad de la causal subsidiaria en comento, debe recordarse que ya en sentencia dictada en el Rol N°2095-2011, con fecha 2 de mayo de 2011, la Excm. Corte Suprema hizo referencia a las directrices fijadas por la doctrina y jurisprudencia en este rubro, que constituyen una guía idónea al efecto: "...concurre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación".

Como puede derivarse del tenor del escrito pretensor, el aspecto focal del reclamo de invalidación recae en la atribución tanto de una vulneración del sentido y alcance de las normas, como de una falsa aplicación de ley por haber dejado de aplicar los citados preceptos que concernían al caso, como consecuencia de esa forma de entenderlos.

No hay que olvidar que queda, no obstante, constreñido el cuestionamiento sólo al contenido jurídico de la sentencia, sin que puedan contrariarse los presupuestos fácticos asentados en el fallo, lo que implica que éstos deben tenerse como ciertos, constituyendo el límite y marco en torno al cual quien recurre ha de desplegar sus argumentaciones.

**DÉCIMO QUINTO:** Que en la especie esta Corte detecta, esencialmente en los primeros párrafos del considerando octavo del dictamen cuya validez legal se fiscaliza, que se sostiene por el voto de mayoría una interpretación normativa, cuya pretensión es adecuarse a los estándares restrictivos que impone la vigencia del principio de legalidad, en su especificación de tipicidad inherente al Derecho Penal, que le obliga a evitar, en lo puntual, todo efecto extensivo a la conducta descrita por la ley y desterrar una posible analogía "in malam partem" o en perjuicio de los imputados.

Es por esto que, mediante un concentrado raciocinio, precisa el carácter que en doctrina han recibido las disposiciones que contemplan la figura penal de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes (artículo 1 en relación al 4 de la ley N°20.000), calificándolas como una ley penal en blanco, cuyo texto se ve completado mediante reglas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, en este asunto albergadas en el Decreto N°867 de 2007.

Es en este reenvío protagonizado por el artículo 63 de la ley N°20.000, particularmente dirigido al artículo 1 del aludido reglamento de la denominada Ley de Drogas, donde el voto mayoritario de la magistratura de la instancia realiza una opción hermenéutica que, compártase o no, está dentro de las posibles de atender y desarrollar en lo jurídico, cuyo núcleo se centra en la concisión del objeto material de esta clase de delito, elemento integrante de la faz objetiva del tipo penal que se postula inexistente, por no haberse podido encasillar la sustancia específica incautada y analizada, en algunas de las expresamente contempladas en el catálogo cerrado antes aludido, habiéndosele reputado sólo un género sin referencia alguna a la correspondiente especie.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, así las cosas, forzoso es reconocer que, bajo un prisma estricto y extraordinario, no se aprecia una errónea interpretación de ley ni constituye la elección definida más que un plausible parecer hermenéutico sobre la materia, que no se erige en un vicio de nulidad únicamente por la mera divergencia del recurrente, pues para que aquel hubiese revestido ese carácter ha necesitado estar dotado de la cualidad de transgresor del alcance de la norma o de falseador para la desaplicación de la misma, conforme a las variantes predeterminadas, ninguna de las cuales puede reputarse conformada en este evento.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, más aún, si se tiene en vista inclusive el voto minoritario de prevención del tribunal del grado, cuyo contenido sustantivo se halla en mayor correlato con la línea jurisprudencial que ha ido evidenciándose en el tiempo sobre la materia, es susceptible avizorar un resultado en lo resolutivo idéntico al obtenido con el criterio jurisdiccional que finalmente se hizo imperar en las motivaciones de la sentencia, esto es, la absolución de la dupla de acusados, de manera que dicho factor contribuye a afianzar un mayor convencimiento en torno al limitado influjo que las conclusiones atacadas pudieron tener en la decisión de este asunto; todo lo cual conducirá a desestimar en definitiva esta arista del arbitrio intentado, sin que corresponda anular el juicio ni la sentencia dictada.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, por último, en consonancia con lo argüido en los fundamentos precedentes y no habiéndose vislumbrado la concurrencia de alguna de las dos formas de error de derecho alegados por el Ministerio Público, la pretensión anulatoria habrá de ser desoída en la dualidad de las manifestaciones explicitadas. ◌

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 297, 342, 352, 360, 373 letra b), 374 e) y 384 del Código Procesal Penal, se **RECHAZA** el recurso de nulidad interpuesto por don Jaime Sáez Leal, Fiscal Adjunto del Ministerio Público, adscrito a la Fiscalía Local de Osorno, en contra de la sentencia absolutoria pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Osorno, el uno de abril de dos mil veintiuno; la que no es nula ni tampoco el juicio que le sirvió de sustento.

Se previene que el Ministro Sr. Aedo Mora, si bien concurre a lo resuelto a propósito de este arbitrio, no lo es por concordar con el criterio interpretativo mayoritario contenido en la sentencia del “a quo”, que infiere la ausencia del objeto material del delito en circunstancias de hallarse probada la presencia de cannabis sativa y de THC en el respectivo protocolo de análisis, entendiendo que la exclusión de la condena cabía, a lo más, por la razón

consignada en el voto de prevención, que de todos modos conducía a la absolución y al rechazo de la nulidad lograda en esta sede.

Lo anterior se deduce de consistir, la infracción penal juzgada, en una cuya lesividad reside en el peligro concreto que la sustancia estupefaciente trae aparejada para la salud pública, concordando así con el bien jurídico protegido mediante la configuración del delito, que deriva de una serie de elementos, entre los que han de incluirse: su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza. Por ello, si el informe técnico realizado al tenor de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley N°20.000, que fuera incorporado al juicio, decía relación con parte de un total de 43,73 gramos de peso neto de sustancia incautada, adoleciendo de toda referencia a la pureza o concentración de esa reducida cantidad de droga, limitándose a constatar únicamente la presencia del estupefaciente "cannabis sativa" o del compuesto conocido como "THC", no resultaba factible arribar a la convicción, con el estándar de certeza ligado al artículo 340 del Código Procesal Penal, acerca de si ella estaba dotada o no de la idoneidad o aptitud necesaria para producir los graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, exigidos en el artículo 1 en relación al 4 del mismo cuerpo normativo y, por consiguiente, al estar desprovista de la comprobación relativa a la antijuridicidad material de la conducta, no podía verse configurado el delito perseguido y, por lo mismo, devenía impune.

Se añade, por último, que lo expresado ha contado con asidero doctrinario, desde una óptica general de los delitos, centrada en la relevancia jurídico penal de la valoración de los comportamientos bajo la perspectiva del bien jurídico tutelado, entre otras, en: "Obras Completas, Tomo I, Derecho Penal, Parte General", del profesor Juan Bustos Ramírez (pág. 542); en "Lecciones de Derecho Penal Chileno", Parte General, año 2004 (pág. 65), de los autores Politoff, Matus y Ramírez, y en "Bien jurídico y objeto protegible, Temas Actuales de la Dogmática Penal", Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Universidad del Sinu, Colombia, 2013, (p.71), esta última en que se ha aseverado que: "Toda norma penal protege un bien jurídico y todo delito –antes: toda conducta típica- supone la lesión de un bien jurídico, aunque un mismo bien jurídico pueda ser protegido por distintas normas penales que diferencian modalidades de ataque a dicho bien". Asimismo, dicha postura ha recibido respaldo por jurisprudencia reiterada de la Excma. Corte Suprema en la materia, sólo a vía ejemplar en materia de cannabis sativa (dado su prolífico hallazgo no sólo en ésta, sino en las demás sustancias) entre otros, mediante fallos dictados en roles 35.557-2015, 68.840-2016, 3681-2017, 4575-2018).

Redactada por el Ministro Titular, Sr. Luis Moisés Aedo Mora.

Regístrese y comuníquese.

**N°Penal-244-2021.**

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los ministros (as) Marcia Del Carmen Undurraga J., Luis Moisés Aedo M. y Abogado Integrante Luis Felipe Alfonso Galdames B. Valdivia, catorce de mayo de dos mil veintiunos.

En Valdivia, a catorce de mayo de dos mil veintiunos, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



**Tribunal:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno

**Rit:** 12-2021

**Ruc:** 2000559973-4

**Delito:** Trafico en pequeñas cantidades Art. 4 Ley 20.000

**Defensor:** Cristian Rozas Dockendorff.

**4.-Corte de Valdivia, acoge recurso de nulidad por la causal del artículo 373 b) interpuesto por la defensa recalificando la conducta acreditada de un delito de tráfico a microtráfico (17.05.21 Rol N° 245-2021).**

Normas asociadas: CPP ART. 374 E, 342 C, 297, 373 B; L20000 ART. 1, 4 y 50.

Temas: tipicidad, antijuricidad, juicio oral, recursos, otras leyes especiales.

Descriptorios: errónea aplicación del derecho, microtráfico, ministerio público, nulidad de la sentencia, nulidad de juicio, recurso.

**SINTESIS:** Corte de Apelaciones acoge causal subsidiaria de nulidad, interpuesta por la defensa en contra de la sentencia de juicio oral que condenaba al acusado por el delito de tráfico de drogas del artículo 3° de la ley 20.000. Se acoge dicha causal por errónea aplicación del derecho recalificando los hechos a la figura típica establecida en el artículo 4° de la ley 20.000, en el entendido que el tribunal de instancia debe hacer una interpretación tendiente a privilegiar la figura de tráfico de menor penalidad, considerando la primacía del principio “pro reo” (**considerandos 8 a 14**).

**TEXTO COMPLETO:**

C.A. de Valdivia

Valdivia, diecisiete de mayo de dos mil veintiunos.

**VISTOS:**

En rol de esta Corte N°245-2021, que incide en R.U.C. N° 2000559973-4 y R.I.T. N°12-2021, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Osorno, por sentencia de treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno, se condenó al acusado, M.A.A.A, C.I. N° XXXX, como autor directo e inmediato de un delito consumado de tráfico de drogas, descubierto en territorio jurisdiccional de ese juzgado, el 3 de junio de 2020, imponiéndole una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Ante ese resultado decisorio, don Cristián Rozas Dockendorff, Defensor Penal Público de la misma localidad, interpuso recurso de nulidad en contra del fallo, inspirado en una

causal principal contenida en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c) más artículo 297, todos del Código Procesal Penal en dos aspectos diversos y, en subsidio, por la contemplada en el artículo 373 letra b) de dicho cuerpo legal, en ligazón con los artículos 3, 4 y 50 de la Ley N°20.000, entendiéndose que esos vicios habrían tenido influencia sustancial en su parte dispositiva.

Culmina pidiendo, para el evento de acogerse el arbitrio por la primera causal en cualquiera de sus dos vías, se anule el juicio y la sentencia, determinando el estado en que debe quedar el procedimiento y ordenando la verificación de uno nuevo ante el tribunal no inhabilitado que corresponda; en tanto por la segunda, se invalide sólo el fallo y se dicte otro en su reemplazo, que condene a su representado por el delito recalificado que postula, a la pena menor que precisa.

Dispuesta la audiencia de rigor, alegaron en plataforma virtual ante esta Corte, por el acusado, la abogada Defensora Penal Pública, doña Marlis Sagner Tapia, sosteniendo argumentaciones análogas a las detalladas en la presentación escrita; mientras el abogado Asistente de Fiscal, don Carlos Delgado Gallardo, por el Ministerio Público, el cual dio cuenta de argumentaciones contrarias a las pretensiones contenidas en el recurso.

Cumplido lo anterior, la causa quedó en estado de dictarse el acuerdo que a continuación se reproduce.

#### **OÍDOS Y CONSIDERANDO:**

**I.- En cuanto a la causal del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal.**

**PRIMERO:** Que el tópico que guía la nulidad pretendida por la Defensoría Penal Pública de Osorno al amparo de esta causal, corresponde a un motivo absoluto, por cuanto aspira a la invalidación tanto de la sentencia dictada por el mentado Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal, como la del juicio, para su nueva realización por el no inhabilitado correspondiente, con bifurcación de aristas distintas, pero basadas en la atribución de idéntico vicio, esto es, haberse incurrido en el fallo en omisión de entrega de una explicación clara, lógica y completa de los hechos que se dieron por probados, fueran ellos favorables o desfavorables al acusado, así como sobre la valoración de los medios de prueba que fundamentaron dichas conclusiones, conforme a las reglas de la sana crítica, al referirse que se infringió el deber de hacerse cargo en tal fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que se hubiere desestimado, precisando en tal caso las razones que se hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La falta de fundamentación reprochada o el carácter sólo aparente de la misma se liga en forma puntual a la transgresión del inciso tercero del artículo 297 del texto procesal en comento, precisando atropellado el principio de la lógica formal de razón suficiente, centrada esencialmente en el ataque al contenido del considerando décimo primero, lo que se orienta en dos direcciones: una, al momento de calificarse jurídicamente los hechos (considerando sexto), habiéndoles dado la categoría de tráfico de drogas sólo tras confrontar la cuantía de lo incautado (199,88 gramos de peso neto) con su incompatibilidad

de destino para uso o consumo exclusivo y próximo en el tiempo, sin ponderar la existencia de la conducta intermedia de tráfico de pequeñas cantidades de droga, que es la que a su parecer cabía; y otra, tras comunicar el veredicto condenatorio, al negarse a efectuar la solicitada calificación de la atenuante del artículo 11 N°9 en relación al artículo 68 bis, ambos del Código Penal (considerando décimo primero, párrafo final), en base a un criterio tautológico reductible a “no porque no”, argumentándose únicamente que ya se había considerado sustancial la colaboración como para llegar a calificarla. En suma, entiende que no existió un razonamiento destinado a explicar las conclusiones a que el tribunal arribó en ambos sentidos.

**SEGUNDO:** Que, con miras al acertado abordaje de la cuestión planteada, es menester atender que en el sistema procesal penal acusatorio, a la hora de la apreciación de la prueba impera un régimen de libertad, según lo prescribe el citado artículo 297, en tanto resultan ser los jueces de la instancia los únicos soberanos para atribuir determinado mérito de convicción a cada probanza, según la credibilidad que ésta aporte a su prudente criterio, razón por la cual, como contrapartida, no puede perderse de vista que un tribunal revisor como éste, dado el carácter estricto del recurso formulado, no se encuentra autorizado para intervenir en esa labor de ponderación de la prueba ya aportada.

Corolario de lo anterior es que, en el marco del conocimiento del presente recurso, siempre ha de limitarse la acción de esta magistratura a la constatación acerca de si los razonamientos contenidos en el fallo recurrido, que permitieron llegar a determinadas conclusiones probatorias, son o no compatibles con el núcleo central que soporta el sistema de acreditación basado en la sana crítica, cual lo es la sujeción a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, como, asimismo, en lo que concierne al enfoque dado a este arbitrio, si hubo fundamentación real en la sentencia en las dos dimensiones tratadas, y si aquélla fue completa y se hizo cargo de toda la prueba rendida, conforme lo exige el indicado precepto.

Lo resaltado, además, es consecuente con que el mecanismo de impugnación reglamentado en el Título IV del Libro Tercero del Código Procesal Penal, es de carácter estricto y extraordinario, por lo que sólo procede por las causales y con la finalidad expresamente señaladas por la ley, no constituyendo una instancia diversa o nueva que permita revisar los hechos establecidos por el tribunal de primer grado, dado el principio de inmediación que vertebra la estructura de un sistema oral, que supone un contacto directo con las pruebas que se rinden en el juicio sólo de parte de esos jueces, lo que les lleva a decidir de un determinado modo la cuestión debatida.

**TERCERO:** Que, despejados los ribetes conceptuales, pertinente es ocuparse, en primer término, del lineamiento de este motivo absoluto alusivo a la atribución de falta o sólo aparente fundamentación de la calificación jurídica del delito de tráfico a que se arriba en la sentencia, siendo oportuno transliterar los términos del apartado sexto de la misma, que expresa: *“Estos hechos configuran el delito de tráfico de droga estupefaciente o psicotrópica, productora de dependencia síquica o física, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, tipificado en el artículo 3 de la ley 20.000, desde que el agente, sin ninguna autorización, fue sorprendido en circunstancias que*

*transportaba, eso es, voluntaria y conscientemente llevaba consigo de un lugar a otro una cantidad de droga prohibida que superaba la cantidad que se puede entender como destinada al consumo personal y próximo en el tiempo.”*

Asimismo y como la deficiencia reputada se dirige contra el basamento décimo primero, se selecciona a continuación su párrafo inicial para reproducción, por resultar de interés: *“A lo solicitado por la defensa en cuanto a calificar el total de la droga incautada como una pequeña cantidad de droga, que permita calificar los hechos como constitutivos de tráfico de pequeña cantidad de droga no se hará lugar, considerando para ello que tal tipo penal procede cuando se incurre en alguna conducta sancionada a título de tráfico pero con una cantidad de droga que se enmarca en aquella destinada al uso personal y próximo en el tiempo, cuestión que en el caso de autos está totalmente fuera de aquellos parámetros desde que al sujeto le fueron incautados casi 200 gramos de droga, es decir una cantidad de dosis que, por cierto, dan para mucho más que para ser consumidas en el tiempo inmediato o próximo.”*

**CUARTO:** Que, contrario a lo invocado por el recurrente, la sola lectura de la sentencia en los pasajes estampados a la letra hacen dable advertir que se constata la presencia de fundamentación, si bien lacónica, real destinada a desvirtuar la hipótesis defensiva y, en modo alguno, sugieren la presencia de infracción al principio lógico de razón suficiente, que en el ámbito del derecho se traduce en aquel *“...que explica la exigencia de la mente para buscar el fundamento de todo existir, o de todo ser, o de todo modo de ser”* (Ibérico Rodríguez, Mariano. Principios de Lógica Jurídica. Edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 1946, p.4).

En efecto, se ve satisfecho el deber de fundamentación conceptual respectivo, al menos al alero de este motivo específico, desde que para descartar la recalificación que postula la defensa, se acudió a un criterio barajado en sede jurisprudencial y doctrinaria, cual lo es, entre otros, la consideración cuantitativa de la sustancia incautada, basada en el peso neto que ésta arrojó y confrontada con un aspecto práctico, cual lo era la factibilidad de su entrega para uso o consumo directo de uno o más destinatarios finales –incluido él mismo– (microtráfico) versus la potencialidad de ponerla en manos de otros vendedores, suministradores o facilitadores, operando el acusado como un verdadero intermediario (tráfico).

A lo anterior se desprende haber añadido en la fórmula de distinción como otro factor dirimente de la decisión calificadoras el temporal, que se asocia de modo congruente con la reflexión previa, toda vez que se entendió que la cantidad era ilustrativa de la posibilidad de distribución para el aludido uso o consumo, sea en lo inmediato, evento en el cual se podía comprender microtráfico, el que descarta, o en lapso diferido indicativo de tráfico, que acoge, en términos coincidentes con los recogidos por el artículo 50 de la Ley N°20.000.

Finalmente, se aprecia que la dosificación pronosticable fluyó como otro elemento tenido en vista para desestimar el parecer defensivo, ítem también habitualmente importante a la hora de la definición de este dilema.

Cada una de las reflexiones previas se entienden concatenadas con la prueba acopiada al juicio, desde que al efecto se menciona el informe toxicológico aplicado al encausado y aportado por su propio abogado (considerando décimo primero), así como los dichos del mismo, quien expresamente refirió en estrados que parte de ella era para consumo y otra para unos amigos (considerando noveno), lo que además encuentra correlato con los testimonios de los funcionarios policiales a cargo del procedimiento (Grandón Villagra y Ponce Myric), actas de recepción y decomiso, protocolo de análisis e informe sobre tráfico y acción de la cannabis en el organismo, todos desarrollados en el séptimo basamento del fallo.

De este modo, en virtud de lo consignado no se comparte el parecer del defensor en este punto, debiendo desestimarse este ítem de la causal alegada en el recurso.

**QUINTO:** Que en el otro rubro de la misma causal, apoyado en la atribución de idéntica carencia de sustento en el razonamiento judicial, sólo que esta vez focalizado en la negativa de acceso a la calificación de la atenuante contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, en los términos del artículo 68 bis del mismo cuerpo legal; según lo recabado de las ideas incorporadas en igual considerando décimo primero, útil ejercicio ilustrativo deviene también reproducir en lo pertinente el texto de su párrafo final: *“Los sentenciadores comparten con la defensa que de parte del acusado ha habido, desde que fue sorprendido, una colaboración a los fines de la investigación considerando que no solo aceptó los hechos evidentes sino que aportó también con señalar el destino de la droga y el círculo de amigos con los que la compartía, más tal colaboración, por el hecho de ser ya de carácter sustancial no puede ser nuevamente calificada, de manera tal que solo es hábil para configurar la minorante del artículo 11 n°9 del Código Penal.”*

**SEXTO:** Que en esta perspectiva de la recriminación invalidatoria resulta válido el alcance del axioma silogístico de razón suficiente ya explicitado, por lo que sólo incumbe trasladar su aplicación a la antedicha motivación del fallo, en forma tal de establecer mediante el cotejo de rigor si el déficit aducido resulta develado o si, por el contrario, el dictamen aparece desprovisto del mismo.

De la descrita técnica de corroboración, si bien en un principio pudiera fluir atendible el reclamo del recurrente, pues en la escueta motivación cuestionada se infiere su convergencia si sólo se visualiza a la luz de la óptica desde la cual ha sido presentada por su promotor, se halla desmentida, en cambio, mediante el simple ejercicio de abstracción del pasaje aislado ventilado como su respaldo – *“...tal colaboración, por el hecho de ser ya de carácter sustancial no puede ser nuevamente calificada...”* – y recogiendo en su lugar el contexto de las expresiones que le preceden, con el cúmulo de las cuales se logra desembocar en el genuino sentido de las razones dadas para desatender el petitorio de calificación de la atenuante. Tan es así, que se parte valorando positivamente la colaboración brindada a la investigación por el acusado, sobre la base de catalogar que no sólo aceptó desde un inicio hechos que eran evidentes – valga recordar que es sorprendido flagrantemente en posesión de la droga transportada, en el marco de una investigación en curso desde antes, donde por interceptación telefónica se había detectado su viaje, lo que devino en la acción fiscalizadora policial focalizada realizada al interior de un bus y con el

empleo de un can detector -, sino que se apunta luego a que siquiera contribuyó a esclarecer el destino de la droga y sus receptores – “*círculo de amigos con los que la compartía*” -, asertos que explican en sí el por qué se acaba coligiendo que tales datos eran compatibles con la adjetivada sustancialidad exigida por la norma, pero no alcanzaban para elevar el rango del aquilatamiento mayor propugnado, redundante en el efecto calificador vanamente perseguido.

Gráfico en este punto es consignar que, si ya compleja es la configuración de la minorante por el elevado estándar del contenido de sus exigencias, mayor dificultad ofrece asignarle una valoración privilegiada en atención a su efecto en la pena. La jurisprudencia del máximo tribunal de la República resulta clarificadora en esta materia, al establecer que la cooperación del imputado: “*...debe consistir en una disposición total, completa y permanente de contribución a desentrañar los hechos, en todas las etapas del proceso, de manera tal que los datos aportados, en todos sus extremos, esto es, tanto en lo que comprende a los partícipes, los medios y forma de comisión del injusto y las circunstancias mismas que lo rodearon, sean perfectamente concordantes con los demás elementos reunidos en la litis, (...), todos los cuales deben ser compatibles entre sí y que impliquen verdaderamente un aporte, sin que el órgano jurisdiccional deba confrontar o acudir a otros medios para determinar la certeza o no de los datos aportados*” (Fallo en causa rol N° 6.204-2009, de 17 de junio de 2011).

En consonancia con lo enunciado, lógico es entender que tampoco podrá prestarse oídos a esta faz de la causal anulatoria levantada por el defensor.

**SÉPTIMO:** Que, a manera de clausura del aspecto por esta vía controvertido, pertinente es consignar que la mera divergencia de pareceres en relación con la mayor o menor extensión del estilo argumental utilizado en una sentencia - en este caso concentrado - , o la disidencia respecto del fondo de lo reflexionado por el tribunal en ella – en este evento en torno a la doble negativa: de recalificación delictual y de calificación de una aplacatoria general - , así como el incordio con la apreciación probatoria desplegada por aquél – en la especie, por la vinculación de las temáticas expuestas con los medios de acreditación reunidos-, no son enfoques que necesariamente integren “*per sé*” el basamento de un vicio jurídico de la índole del analizado, pudiendo encuadrar más bien en una causal distinta, según se examinará, o traduciéndose en aspiraciones teñidas de un anhelo puramente reformador en lo fáctico propio de la instancia; por lo que no se avista precedente por esta vía anular la referida sentencia ni el juicio oral que le sirvió de sustento.

## **II.- En cuanto a la infracción al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 3, 4 y 50 de la Ley N°20.000.**

**OCTAVO:** Que, ocupándose ahora de la causal de nulidad aducida en forma subsidiaria por el recurrente, en que ha sostenido la existencia del vicio contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haberse efectuado en la sentencia una errónea interpretación del derecho en lo que toca a los artículos 3, 4 y 50 de la ley N°20.000, producto de la cual no fue acogida la petición de recalificar los hechos juzgados como constitutivos del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Se postula la invalidación del fallo y dictación, sin nueva audiencia, pero separadamente de una

sentencia de reemplazo, de conformidad al artículo 385 del Código Procesal Penal, en la hipótesis de haberse impuesto una pena superior a la que legalmente correspondía, impetrando en definitiva se aplique una que no exceda de 541 días de presidio menor en su grado medio, por el delito recalificado ya singularizado, o la que se determine dentro del grado mencionado, con la sustitutiva de remisión condicional.

Se otorga cimiento a este tópico de opugnación precisando, en resumen, que los sentenciadores de la instancia incurrieron en yerro en la aplicación del derecho, desde que consideraron que al no concurrir las circunstancias de porte para el consumo próximo en el tiempo, cabía tipificar sin más la conducta incriminada como un delito de tráfico de drogas; pero sin hacerse cargo de la figura del artículo 4° de la ley especial sustantiva, lo que no se condecía con el carácter autónomo que presenta el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades, según se ha resuelto por jurisprudencia que cita, focalizando una vez más su vituperio sobre la décimo primera motivación del dictamen judicial.

**NOVENO:** Que, en aras de identificar la modalidad de la causal subsidiaria impetrada, al efecto aporta guía la sentencia dictada en el Rol N°2095-2011, con fecha 2 de mayo de 2011, en que la Excma. Corte Suprema hizo referencia a las directrices fijadas por la doctrina y jurisprudencia en este rubro: *“...concorre únicamente en los siguientes casos: a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación”*.

En esa línea, del texto de la presentación de la defensa es dable concluir que la médula del reclamo de anulación está centrado en la atribución de una falsa aplicación de la ley, por cuanto al haberse dado por concurrente el tráfico (artículo 3° de la Ley N°20.000) y no el denominado microtráfico de drogas (artículo 4° de la misma ley), se dejó de aplicar el precepto que verdaderamente correspondía en este asunto, atendidas las circunstancias.

Sobre este punto, no debe desatenderse que el marco en torno al cual quien recurre debe ceñir sus argumentaciones y, por consiguiente, el escrutinio de rigor queda constreñido únicamente al contenido jurídico de la sentencia, sin que pueda pretenderse la mutación de los presupuestos fácticos asentados en el fallo, los cuales deben tenerse como ciertos.

**DÉCIMO:** Que al escudriñar esta Corte en los términos del fallo cuestionado, particularmente, el considerando que sirve de núcleo a la alegación (décimo primero), advierte que en base al hecho inmutable que fuera establecido en el motivo quinto no necesariamente se seguía como resultado la inferencia jurídica que culminó verificándose a la hora calificadora delictual en el sexto, esto es, la de encontrarse en presencia del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes pretiriendo la figura típica menor, postulada por quien representa al acusado. En efecto, la construcción del tipo penal más grave se respalda en la siguiente explicación, sobre cuyo tenor literal se vuelve: *“...desde que el agente, sin ninguna autorización, fue sorprendido en circunstancias que transportaba, eso*

*es, voluntaria y conscientemente llevaba consigo de un lugar a otro una cantidad de droga prohibida que superaba la cantidad que se puede entender como destinada al consumo personal y próximo en el tiempo” (considerando sexto).*

En las afirmaciones contenidas en este apartado, se vislumbra acierto de los sentenciadores al aislar la específica hipótesis de la acción múltiple contemplada, tanto en los artículos 3 como 4 de la Ley N°20.000, esto es, transportar, que se hallaba ligada al caso juzgado. Asimismo, en la naturaleza prohibida de la droga incautada, por tratarse de cannabis sativa en la que se encontraron además trazas de tetrahidrocannabinol, respecto de la cual no se acreditó autorización emanada de la autoridad respectiva. Finalmente, también a propósito del dolo como elemento integrante de la faz subjetiva del tipo, con sus componentes intelectual y volitivo, al indicar que se había obrado voluntaria y conscientemente.

El problema a dilucidar, en suma, puede ser reducido a la consideración de la cuantía incautada del objeto del delito analizado y en ello el énfasis concreto que hacen los juzgadores del fondo dice relación con que *“superaba la cantidad que se puede entender como destinada al consumo personal y próximo en el tiempo”*.

Por cierto, éste es un tema no pacífico ni de soluciones doctrinarias y jurisprudenciales taxativas; sin embargo, en la decisión del caso en evaluación se han de ponderar algunos aspectos que tiendan a dotar del mayor grado posible de objetividad a este criterio “regulativo”, a fin de alejar – o al menos atenuar – el riesgo asociado a la mera discrecionalidad en su determinación judicial, contraria al principio de legalidad en el cual descansa el de tipicidad propio de la disciplina penal, a objeto de aportar la indispensable certeza jurídica e igualdad ante la ley, que demanda un campo del derecho de aplicación mínima y de “última ratio”, como lo es éste.

**UNDÉCIMO:** Que, mediando como norte el desafío apuntado, sirve al efecto recordar la exacta redacción que a esta hipótesis privilegiada de la figura de tráfico se dio en la ley N°20.000, de 16 de febrero del año 2005:

*“Artículo 4º.- El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.*

*En igual pena incurrirá el que adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro.*

*Se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada,*



*guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.”*

Con lo expuesto queda en evidencia que la cuantía pasó a ser un baremo relevante, más no el único determinante a la hora de definir el deslinde entre uno y otro ilícito, en todo caso, encaminado a abastecer a la judicatura de una herramienta a la cual acudir para aplicar penas más condignas a los “dealer” callejeros frente al peligro de una desproporción punitiva, como venía aconteciendo bajo el imperio de normativas anteriores que no facultaban a efectuar distinciones, asimilando el tratamiento de situaciones en que la conducta podía haber sido desplegada por una gran organización criminal versus otras, en que era patente el emprendimiento delictual vinculado a la mera subsistencia. Así se ha sostenido en doctrina diciendo:

*“A diferencia de lo que ocurría con la derogada Ley N°19.366, en la que la cantidad de las sustancias traficadas era irrelevante para determinar la tipicidad de las conductas de tráfico (y, por tanto, desde esa perspectiva cuantitativa todas quedaban, en abstracto, sujetas al mismo régimen penológico), la nueva Ley N°20.000 sí recoge la cantidad como elemento típico relevante, es decir, fundante del injusto, de tal forma que una conducta será encuadrable como tráfico del artículo 3 o del artículo 4°, dependiendo fundamental, pero no exclusivamente, de la cantidad de las sustancias traficadas. Lo anterior, sin perjuicio de un tercer tipo de casos para los que (existe) la solución de su no punibilidad por concurrir el elemento negativo del tipo consistente en el autoconsumo.”* (Navarro Dolmestch, Roberto. “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del artículo 4° de la Ley N°20.000”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, año 2005, pág. 262).

**DUODÉCIMO:** Que, así las cosas, la receta para siquiera aproximarse a una correcta interpretación que elucide el alcance de la línea divisoria interpuesta entre ambos delitos, partiendo de la base que tienen en común buena parte de las acciones punibles descritas, que ha solido considerarse como tráfico en sentido estricto (“*adquirir, transferir, suministrar, facilitar, poseer, transportar, guardar y portar*”) y que incluye aquélla subrayada por haber sido parte de la establecida por el tribunal de fondo (motivo quinto), está centrada en entender qué debe comprenderse por la noción “pequeña cantidad” y, enseguida, en no sólo conformarse con el factor diferenciador del objeto ligado al efecto privilegiante o especializante “cuantía” de la sustancia pesquisada, destinado a diferenciar la sanción en forma proporcional a la lesión del bien jurídico que provocan, sino en añadir a él otras consideraciones no menos relevantes.

En esa orientación conceptual, ilustrativo es el criterio que hermana a la pequeña cantidad con: “*aquella necesaria para su uso o consumo personal, exclusivo o próximo en el tiempo*”, superándose la posible confusión de la conducta de tráfico con la falta de consumo al considerar la “*ratio legis*” del precepto: “*castigar por esta forma privilegiada de microtráfico al que realiza las conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante*” (Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición, Santiago, año 2005, pág.

585). Se descuellan así por estos mismos autores que el elemento distintivo ahora entre el microtráfico y el consumo emanaría de la calidad o pureza de la droga - en este caso puntual – transportada, que impediría racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, o erigiéndose las circunstancias que rodean a ese transporte en indiciarias del propósito de *“traficar a cualquier título”*, acorde al texto del inciso final del artículo 4° de la Ley N°20.000.

Además, compartiendo el criterio del jurista Luciano Cisternas Velis, no puede obviarse que el inciso tercero del artículo 4° de la Ley N°20.000, aporta un criterio sistemático de interpretación para definir al microtráfico, pues implícitamente plantea el distingo entre éste y el tráfico, siendo importante atenderse a que *“dado que la inclusión de este concepto (microtráfico o tráfico de pequeñas cantidades) ha tenido por objeto sancionar un modus operandi, es preciso atender a los indicios que denoten tal, para así sancionar conforme al espíritu de la ley.”* (Cisternas Velis, Luciano. “El microtráfico. Análisis crítico de la normativa, doctrina y jurisprudencia”. Segunda Edición, año 2011, Santiago de Chile, pág. 43).

**DÉCIMO TERCERO:** Que, sin embargo, conscientes que la pretendida definición de la frontera resulta compleja en esta materia, atendida la indeterminación conceptual que el legislador ha dejado planteada, en casos dudosos como el analizado, esta Corte estima que debe inclinarse la balanza hacia la figura de tráfico de menor penalidad, considerando la primacía del principio *“pro reo”*, por estimarse que el análisis contenido en la argumentación décimo primera ha sido incompleta en sus alcances, al haberse limitado a un abordaje parcial de la necesaria interpretación sistemática que ha debido ser efectuada en estos casos, mediante el juego integrado de las normas previstas en los artículos 3, 4 y 50 de la ley especial concernida, sin haberse explayado en torno a la opción por el delito más grave (tráfico) en contraste con el propugnado por la defensa (microtráfico), sino habiéndose circunscrito a descartarlo simplemente por no haber estado ante hipótesis de porte para consumo; pero despreocupándose del análisis circunstancial concreto que lo hacían genuinamente desplazable, lo que sitúa este escenario en la hipótesis encasillable en una falsa aplicación de ley, en tanto se dejó de aplicar el precepto que Verdaderamente correspondía en este asunto.

Refrenda lo inferido la prescindencia en el fallo de un examen basado en criterios orientadores fijados por la jurisprudencia, donde la Excma. Corte Suprema desde el 19 de julio de 2005, ya en rol N°1990-2005, ha establecido que la noción cuantitativa (pequeña cantidad) era un concepto o principio “regulativo”, según antes fuera indicado, que lleva a que el juez, si bien soberano en la calificación, se haga cargo de una multiplicidad de circunstancias que pueden concurrir en cada caso, a lo cual esta misma Corte de Apelaciones ha adscrito, incluyendo factores tales como: cantidad de droga incautada, pureza de ésta, forma de ocultamiento de la droga en el momento de la detención, proyección del número de dosis susceptible de obtenerse con lo decomisado, forma de distribución de la droga, situación socioeconómica del acusado, condición de drogo dependiente, consumidor habitual o no consumidor, posesión de varios tipos de droga y criterio de territorialidad o realidad geográfica en que se efectuó la conducta (rol N°1156-2019 de la Corte de Apelaciones de Valdivia).

Sin duda que aquéllos resultaban trascendentes de evaluar, máxime si había quedado en lo fáctico inalterablemente asentado, entre otros: que el gramaje de lo incautado alcanzó a 199,88 unidades de peso neto, más \$12.000 en dinero efectivo; que se trataba de cannabis sativa; que se descubrió el transporte de tal droga en el marco de una fiscalización predeterminada verificada a un medio terrestre interregional, oculta en un envoltorio de plástico recubierto con dentífrico por quien no la negó y exhibió; que estaba destinada a reparto entre cuatro personas distintas, incluido el porteador, quien detentaba además la comprobada calidad de consumidor de marihuana; con la razonable proyección de una baja dosificación susceptible de dividir entre todos ellos. Así englobados estos supuestos, era dable edificar un contexto circunstancial en virtud del cual no cabía sino entender que se estaba ante un delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, concordante con lo expuesto, forzoso es concluir, bajo un prisma estricto y extraordinario, que en la especie se ha apreciado en la sentencia una errónea interpretación de la ley en torno a la calificación jurídica del delito juzgado, en los términos que previene el artículo 373 literal b) del Código Procesal Penal, en relación a los preceptos sustantivos ya comentados y bajo la modalidad de falsa aplicación ya explicitada.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, en ámbito complementario, debe sostenerse que el defecto que se denuncia producido por quien ha pretendido la invalidación a este título ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, toda vez que de haberse respetado con mayor rigor los márgenes conceptuales vinculados a los mentados artículos de la Ley N°20.000, habría fluido plausible desembocar en la ansiada recalificación y proporcionalmente en un castigo de inferior extensión al que se determinó; raciocinios que incidirán en brindar acogida al arbitrio de nulidad formulado bajo este acápite jurídico.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, finalmente, en consonancia con la pretensión del recurrente y en virtud de lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dictará, acto seguido, pero en forma separada, una sentencia de reemplazo, toda vez que el vicio detectado no se refiere a formalidades del juicio ni a hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino a la sola consideración de haber estimado que se está en presencia de la hipótesis de haberse impuesto por el tribunal una pena superior a la que legalmente correspondía.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y visto, además, lo dispuesto en los artículos 297, 342, 352, 360, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, **se ACOGE, sin costas**, el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público, don Cristián Rozas Dockendorff, en representación del acusado, M.A.A.A , en contra de la sentencia pronunciada por mayoría por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Osorno, el treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno, sólo en aquella parte que condenó a su defendido como autor del delito consumado de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, dictándose, acto seguido pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Redactada por el Ministro Titular, Sr. Luis Moisés Aedo Mora.

Regístrese y comuníquese. **N°Penal-245-2021.**

## **SENTENCIA DE REEMPLAZO.**

Valdivia, diecisiete de mayo de dos mil veintiuno.

### **VISTOS:**

Se reproduce la sentencia objeto del recurso de nulidad, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Osorno, el treinta y uno de marzo de dos mil veintiuno, considerandos y citas legales, con excepción de su parte resolutive que se elimina.

Asimismo, se introducen en el texto de su parte considerativa las modificaciones siguientes:

a) En la segunda línea del considerando sexto se intercala la expresión: “de pequeñas cantidades” entre el sustantivo “tráfico” y la preposición “de”, mientras en la penúltima línea se intercala la expresión: “si bien” antecedida de una coma, entre el pronombre relativo “que” y el verbo conjugado “superaba”, sustituyendo al final del párrafo con una coma el punto y añadiendo la frase: “no ha podido considerarse como el delito mayor de tráfico, atendidas las circunstancias”;

b) En la línea dos del párrafo tercero del considerando noveno, se elimina la preposición “en” y en línea penúltima del mismo párrafo se intercala la expresión: “de pequeñas cantidades” entre el sustantivo “tráfico” y la preposición “de”;

c) En el primer párrafo del considerando décimo primero, en su línea 4, se añade tilde al sustantivo “trafico”; en la línea 5 se suprime el adverbio “no”, en la línea 10 se suprime la expresión: “totalmente fuera” y se la reemplaza por el adverbio: “dentro”; en la línea 12 se elimina la frase: “por cierto”; en la 13 se suprime: “para mucho más que”, la que se reemplaza por la frase: “en parte”; en la 14 se cambia el punto seguido por una coma luego del adjetivo “próximo” y se añade la oración: “y en otra porción para la venta en pequeña escala y para la entrega a terceros, en este caso, tres amigos aparentemente inversores a prorrata.” ; entre la línea 15 y 16 se suprime la expresión entre comas: “por sí sola no hace variar lo concluido” y se le sustituye por: “abona la hipótesis defensiva”; en la línea 24 luego de la expresión “ha considerado” se agrega antes del punto seguido y precedido de una coma: “,pero en conjunto con las demás circunstancias descritas es indiciaria de microtráfico.”; en la línea 30 tras la expresión “tipo penal” se agrega “recalificado que será objeto de condena” y se elimina la frase: “por el que ha sido condenado”; en la línea 32, entre los vocablos “destinado” y “para” se intercala la frase: “en parte para ser consumida y en otra,”; en la línea 33 se suprime después de las conjunciones “y/o” la expresión: “facilitar el consumo de terceros” y se lo sustituye por: “facilitada para el consumo de terceros; todo en disminuidas fracciones, que no compatibilizan con el sentido genuino ni contexto circunstancial del tráfico.”

d) En la motivación décimo segunda, línea 2 entre el sustantivo “tráfico” y la preposición “de” se intercala la frase: “de pequeñas cantidades”; en la línea 4 se

elimina el adverbio “no” y se añade luego del verbo conjugado “concurriendo” la frase: “sólo una circunstancia atenuante y ninguna agravante”, debiendo eliminar a continuación la expresión “circunstancias modificatorias de responsabilidad penal” que está entre esa línea y la siguiente; entre las líneas 5 y 6 después de la palabra “tribunal” y antes de la preposición “para” se suprime la expresión: “queda en condiciones de imponer la pena recorriendo todo el tramo” y se la reemplaza por “no podrá aplicar el grado máximo de la pena, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 68 del Código Penal,”; en la línea 7 se aplica tilde gráfica al verbo conjugado “tomará”.  
Y

e) En la parte dispositiva del fallo se elimina la mención del artículo 28 del Código Penal y se le sustituye por el 30 del mismo cuerpo legal.

### **Y TENIENDO EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:**

**Primero:** Que, dando por reproducidos en su totalidad los fundamentos contenidos en la sentencia recaída en el recurso de nulidad parcialmente acogido, se deja constancia que, ya rectificado el texto del fallo del “a quo” en parte invalidado del modo como se ha consignado con precedencia y dentro del marco punitivo aludido en el considerando décimo segundo del dictamen de la instancia, se impondrá un castigo penal equivalente en cuantía al mínimo dentro del grado que es permitido por la ley (mínimo dentro del grado menor de la pena), en atención a que si bien se trató, el hallazgo concreto de la droga, de uno de disminuida cantidad producido como consecuencia de la averiguación de un emprendimiento de mayor data en el tiempo por parte del mismo ejecutor, ante la inspección policial existió voluntaria admisión del acusado y aporte de algunos antecedentes al menos confirmatorios respecto de su destino, ligado a una distribución plural acotada para consumo o reventa, tanto propia como de terceros, siempre de dosis reducidas.

**Segundo:** Que, por último, no podrá esta Corte pronunciarse respecto del petitorio alusivo a la pena sustitutiva de remisión condicional que sólo al paso, en breve frase final de su recurso y sin desarrollo alguno - ni en el escrito ni en los alegatos - incorporó la defensa, teniendo en cuenta que la de nulidad no constituye una sede de instancia, en que puedan apreciarse los elementos de acreditación ponderados en el juicio, amén de no haberse hecho valer alguno propicio al efecto y de constar incluso en la causa que, derivado por el tribunal el acusado al Centro de Reinserción Social para los efectos de la emisión de un informe presentencial, en aras de otra eventual sustitutiva, ni siquiera acudió, adoleciéndose de todo otro instrumento afín – informe socio-económico - que pudiese haber hecho factible analizar la convergencia de los requisitos del artículo 4 de la Ley N°18.216, particularmente en sus letras c) y d).

Tampoco consta que se haya empleado la vía ni la forma procesal de interposición idónea para dicha pretensión, cual lo suele ser la inserción de una apelación en los términos del artículo 37 del aludido estatuto normativo, planteada usualmente en otrosí de la misma presentación invalidatoria, para el caso que se acceda a la declaración de nulidad postulada; todo lo cual obsta de modo absoluto al arribo a una determinación fundada en torno a este punto, máxime si se ha hecho presente en el fallo analizado que la única circunstancia modificatoria de atenuación que obraba en favor del acusado era la del

numerando noveno del artículo 11 del texto punitivo, no así la del numeral sexto de igual regla.

Por estas consideraciones y atento, además, a lo dispuesto en los artículos 373 b) y 385 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que el sentenciado, M.A.A.A , C.I. N° XXXX, ya individualizado en lo demás, queda condenado, sin costas, como autor directo de un delito consumado de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes del género cannabis sativa, a la pena corporal efectiva de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, más multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales, así como a la accesoria general de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, a consecuencia del hecho ilícito descubierto en territorio jurisdiccional del Tribunal de Juicio Oral de Osorno, con fecha 3 de junio de 2020.

Se deja constancia que el sancionado carece de abono de días que computar en su favor, según atestado consignado en el auto de apertura.

Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta de modo copulativo, podrá el tribunal imponer, por vía de sustitución, la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Para proceder a esta sustitución se requerirá del acuerdo del condenado. En caso contrario, el tribunal impondrá, por vía de sustitución y apremio de la multa, la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses y adoleciendo de abonos imputables en tal sentido.

II.- Que se mantiene en todo lo demás el fallo recurrido.

Redacción del Ministro Titular, Señor Luis Moisés Aedo Mora.

Regístrese, agréguese a la carpeta digital y comuníquese.

N°Penal-245-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los Ministros (as) Maria Soledad Piñeiro F., Marcia Del Carmen Undurraga J., Luis Moises Aedo M. Valdivia, diecisiete de mayo de dos mil veintiuno.

En Valdivia, a diecisiete de mayo de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Tribunal:** Juzgado de garantía de Osorno.

**Rit:** 3347-2021

**Ruc:** 2100339074-5

**Delito:** Infringir normas higiénicas o de salubridad.

**Defensor:** Marlis Cristina Sagner Tapia.

**5.- Corte de Valdivia acoge recurso de apelación, interpuesto por la defensa en contra de la resolución que estuvo por rechazar el sobreseimiento definitivo por la causal del Art. 250 letra A. Se funda el fallo en la falta de idoneidad para generar riesgo en los términos del Art. 318 del Código Penal. (06.04.21 rol 250-2021). En términos idénticos véase fallo rol 248-2021 de la ICA de Valdivia.**

**Normas asociadas:** CP ART. 318; CPP ART. 250 A

**Temas:** recursos; faltas; otras leyes especiales.

**Descriptor:** errónea aplicación del derecho; estado de excepción constitucional; orden público; peligro abstracto; peligro concreto.

**SINTESIS:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia acoge recurso de apelación decretando el sobreseimiento definitivo de la causa conforme el Art. 250 letra A CPP. No se pudo acreditar ni peligro concreto ni hipotético, no acreditándose la real idoneidad para generar el riesgo exigido.

**TEXTO COMPLETO: ROL 250-2021**

C.A. de Valdivia

Valdivia, seis de mayo de dos mil veintiunos.

**VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**

Atendido que los hechos por los cuales se formalizó al imputado no alcanzan a cumplir la exigencia de haber puesto en peligro, ni concreto ni hipotético, la salud pública, pues tal como ha sostenido la Excma. Corte Suprema el tipo penal del artículo 318 del código punitivo, requiere, cuando menos, una real idoneidad para generar el riesgo, lo que no se alcanza con la sola acción de permanecer o deambular en la vía pública sin el permiso correspondiente (Rol N°149.239-2020, de 20 de abril de 2021; Rol N° 125.436-2020, de 25 de marzo de 2021) y visto, además, lo dispuesto en los artículos 253 y 370 del Código Procesal Penal, se **REVOCA** la resolución apelada de fecha nueve de abril de dos mil veintiuno y, en su lugar, se acoge la solicitud de la defensa y se decreta el sobreseimiento definitivo en esta causa, conforme lo dispuesto en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal.

Comuníquese.

N° Penal -250-2021

Marcia del Carmen Undurraga Jensen  
MINISTRO  
Fecha: 06/05/2021 13:33:35

Luis Moisés Aedo Mora  
MINISTRO  
Fecha: 06/05/2021 14:38:34

---

INDICES

---

<i>Tema</i>	<i>Ubicación</i>
Antijuricidad	<a href="#">p. 13-23</a> ; <a href="#">p. 24-37</a>
Faltas	<a href="#">p.38</a>
Garantías constitucionales	<a href="#">p.4-6</a> ; <a href="#">p.7-12</a>
Juicio Oral	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a>
Otras leyes especiales	<a href="#">p.4-6</a> ; <a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a> ; <a href="#">p.38</a>
Principios y garantías de sistema procesal en el cpp	<a href="#">p.7-12</a>
Recursos	<a href="#">p.4-6</a> ; <a href="#">p.7-12</a> ; <a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a> ; <a href="#">p.38</a>
Tipicidad	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a>

<i>Descriptor</i>	<i>Ubicación</i>
Acciones constitucionales	<a href="#">p.4-6</a> ; <a href="#">p.7-12</a>
Cautela de garantías	<a href="#">p.7-12</a>
Constitución política	<a href="#">p.7-12</a>
Control de detención	<a href="#">p.4-6</a>
Convenciones Internacionales	<a href="#">p.7-12</a>
Cumplimiento de condena	<a href="#">p.4-6</a>
Errónea Aplicación del Derecho	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a> ; <a href="#">p.38</a>
Establecimiento carcelario	<a href="#">p.4-6</a>
Estado de excepción constitucional	<a href="#">p.38</a>
Incompetencia del tribunal	<a href="#">p.7-12</a>
Microtráfico	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a>
Ministerio Publico	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a>



Nulidad de Juicio	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24- 37</a>
Nulidad de la Sentencia	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24- 37</a>
Orden público	<a href="#">p.38</a>
Peligro abstracto	<a href="#">p.38</a>
Peligro concreto	<a href="#">p.38</a>
Recurso	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24- 37</a>
Recurso de amparo	<a href="#">p.7-12</a>

<i>Normas</i>	<i>Ubicación</i>
CP ART. 318	<a href="#">p.38</a>
CP ART. 79	<a href="#">p.4-6</a>
CPP ART. 250 A	<a href="#">p.4-6</a>
CPP ART. 374 E, 342 C, 297, 373 B	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24-37</a>
CPP ART10, COT ART.10, PIDCP 10.1, CIDH 5.2.	<a href="#">p.7-12</a>
CPR ART. 1 Inc. 2, 5, 19 N 7, 21	<a href="#">p.7-12</a>
CPR ART. 19 y 21	<a href="#">p.4-6</a>
L18.216 ART 37	<a href="#">p.4-6</a>
L20000 ART. 1 Y 4, D 867 ART 1°	<a href="#">p.13-23</a>
L20000 ART. 1, 4 y 50	<a href="#">p.24-37</a>

<i>Delito</i>	<i>Ubicación</i>
Hurto Simple.	<a href="#">p.4-6</a>
Desacato	<a href="#">p.7-12</a>
Trafico en pequeñas cantidades Art. 4 Ley 20.000	<a href="#">p.13-23</a> ; <a href="#">p.24- 37</a>
Infringir normas higiénicas o de salubridad	<a href="#">p.38</a>

<i>Defensor</i>	<i>Ubicación</i>
Cristian Rozas Dockendorff	<a href="#">p.24-37</a>
Juan Pablo Moreno Fernández	<a href="#">p.13-23</a>
Marcela Crisosto Borzone	<a href="#">p.4-6</a>
Marlis Cristina Sagner Tapia	<a href="#">p.38</a>

Raúl Ignacio Barahona Barra

[p.7-12](#)

Rodrigo Rojas Medel

[p.13-23](#)